DE

HERCTO CITO

OB INAEQVALITATEM

IN MELIVS REFORMANDO

OCCASIONE

L. III. C. COMMVN. VTR. IVDIC.

POTENTISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DOMINO

GEORGIO II

M. BRITANN. FRANC. ET HIBERN. REGE
DEFENSORE FIDEI.
S. R. I. ELECTORE ARCHITHESAVRARIO
DVCE BRVNSVICENSI ET LVNEBVRGENSI
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

IN VNIVERSITATE

GEORGIA AVGVSTA

INCLVTI ORDINIS IVRIDICI AVCTORITATE

PRAESIDE

VIRO MAGNIFICO

GEORGIO CHRISTIANO
GEBAVERO IC.

DECANO H. T. ET PRORECTORE

PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
ET PRIVILEGIIS DOCTORALIBVS
RITE OBTINENDIS

DISPVTABIT

IOHANNES GVSTAVVS SILBERRAD

NORIMBERGENSIS.

ANNO CIↃ IↃ CCXXXVIII. D. XV. SEPT.

GOTTINGAE

TYPIS ABR. VANDENHOECK ACAD. TYPOGR.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

Hercto Famil. Herc.

Digitized by Google

SACRI ROMANI IMPERII

PERILLVSTRIS AC LIBERAE

REIPVBLICAE NORIMBERGENSIS

S E N A T V I

PERILLVSTRIBVS AC GENEROSISSIMIS

DOMINIS

DOM. DVVMVIRIS

DOM. TRIVMVIRIS

DOM. SEPTEMVIRIS.

DOM. CONSVLIBVS.

DOM. SENATORIBVS

PATRIAE PATRIBVS

GRATIOSISSIMIS

322

Digitized by Google

DISSERTATIONEM
HANC INAVGVRALEM
INTER
PIENTISSIMA VOTA
PRO
PERILLVSTRIVM ET GENEROSISSIMORVM
PATRONORVM
INCOLVMITATE ATQVE FELICITATE
SVSCEPTA
EO QVO DECET CVLTV
ATQVE VENERATIONE
D. D. D.

CLIENS OBSEQVENTISSIMVS
IOHANNES GVSTAVVS SILBERRAD.

Digitized by Google

PROOEMIVM.

Inter cauſas plures, quae Iuris Romani placita meliori Chriſtiani Orbis parti commendarunt, perſuaſio principem locum meretur, Ius ciuile fontem eſſe omnis aequitatis & juſtitiae, quod Chriſtophoro Thuano, Principi Senatus Pariſienſis adeo verum fuit viſum, vt illud *Rationem ſcriptam*, & quidem ſecundum teſtis idonei, AEGIDII MENAGII, (*a*) ſententiam, *eleganter & vere*, appellitarit. Noſtrum inſtitutum non fert, vt in veritatem huius effati inquiramus: hoc ſaltim a Iuris Romani amatoribus dari nobis volumus, ſi jus ciuile ob aequitatem ſuam hominum ſtudia meretur, ipſi multo magis aequitati eſſe ſtudendum, nec temere in ipſa legum interpretatione ab hac legum anima eſſe recedendum. Haec eſt illa decempeda, ad quam Praetores tortuoſa XII Tabularum praecepta plaudente populo exegerunt inflexeruntque. Huius cultura plures inter ICtos

(*a*) in *Epiſt. ad Nublaeum Amoenitat. Iur. Ciuil.* praefixa; quo auctore, quo ſenſu Dn. LVDEWIGIVS *in praefat ad Catech. Balduini* eadem verba *Edictum Grotianum* appellet, nos fugit.

tos, inprimis Magnus ille SERVIVS SVLPICIVS LAMONIA RVFVS nomen & famam conſecutus eſt, de quo CICERO: (*b*) *neque enim ille*, inquit, *magis Iuris conſultus quam juſtitiae fuit: ita ea, quae proficiſcebantur a legibus & a jure ciuili ſemper ad* FACILITATEM AEQVITATEMQVE *referebat*, *neque* CONSTITVERE *litium* ACTIONES *malebat quam* CONTROVERSIAS TOLLERE. Hanc optimam inter noſtri etiam temporis ICtos ſectam ſemper judicaui. Hanc denique mihi cynoſuram in emetiendo circa *l.* 3. *C. Commun. vtriusque judicii* Doctorum diſſenſu elegi; cui labori, honorum impetrandorum cauſa ſuſcepto, B. L. ſiue aſſenſurus es nobis, ſiue diſſenſurus, pro tua aequitate faue, & vale.

(*b*) *Philipp. IX. c.* 8.

CAPVT I.

Digitized by Google

CAPVT I.

VERVM LEGIS III. SENSVM IN VESTIGANS.

I.

De Hercto Cito ob inaeqvalitatem in melivs reformando ad *L.* 3. *C. Communia utriusque judicii tam familiae erciſcundae , quam communi dividundo* nonnihil commentaturus, de verbis in rubrica iſta uſurpatis pauca praemittere , e re commilitonum, a quibus mea opella legetur, fore confido, quod eorum nonnulla ſint cum ultimae latinitatis tum ICtis unice familiaria. Inter haec familiam ducit ipſa *familiae* vox, quod mea ſententia recte Festvs voce: *famuli, ab Oſcis dependere* , ait, *apud quos ſervus* famel *nominabatur*, ex quo conſequitur primam ejus & nativam ſignificationem eſſe, qua *ſervorum coetum* denotat. Et ita in *tot. tit. D. ſi familia furtum feciſſe dicatur*, in *l.* 2. §. 14. *D. de vi bonorum raptorum* & aliis librorum noſtrorum locis accipitur. Mox extenſa vocis vi ad familiam ſunt adjecti nati nataeque & qui naſcebantur ab illis, *l.* 40. §. 2. *D. de V. S.* quod eſſet in primis populi Romani initiis prorſus tale in hos patribus, quale in illos domini, imperium & veluti dominium , hoc uno diſcrimine, quod illi nulla aut exigua, hi certa & praeſente Libertatis (unde etiam liberi vocantur §. 1. *I. de Jure Perſonarum*) apiſcendae ſpe poſt illius, qui totam domum regebat, mortem gauderent , niſi forte ab ipſo parente uiuo ma-

Digitized by Google

nu mitterentur, *t. t. D. ſi a parente quis manumiſſus.* Et ad iſta tempora in omni ſua latitudine pertinet id, quod IMPERATOR ait in §. 2. *I. de Patr. Poteſt. Nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos ſuos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.* Producta deinde vox ad Agnatos, ex una domo oriundos & ſingulari nomine appellatos, quo ipſo, ab auctore in poſteros deriuato, a reliquis gentilibus diſtinguebantur. *L.* 195. §. 2. *verſu*: communi jure *D. de V. S.* quamuis, & omnem aliquando gentem iſto deſignatam eſſe verbo, ex illis colligi queat, quae *d. l.* 195. §. 4. habentur. Denique facillimum fuit, quod & ſerui, &, quod grauius eſt, ipſi liberi, (ſui jam heredes, & quoque patre viuo quodammodo domini exiſtimati, §. 2. *Inſt. de Hered. Qual. & Diff.*) patris familias eſſent, qui in domo dominium habet, *reliquas res*, eodem dominio conſtrictas, familiae nomine comprehendere, quod in Lege XII. Tabularum his verbis: *Adgnatus proximus familiam habeto*, jam factum eſſe, obſeruat VLPIANVS *d. l.* 195. §. 1. *de V. S.*

II.

Hanc familiam, bona Patrisfamilias omnia, &, ſi fuerat, hereditatem, vetuſtiſſimi Quirites etiam *Erctum* ſiue *Herctum* appellabant, quod eſt ab *herceo*, vel *erceo*, pro quo cultior aetas dixit *arceo.* Durat tamen vocalis primaeua in *coerceo* & *exerceo.* Verbum *arcere* gemminam habet ſignificationem, alteram exteriorem, adverſus eos, a quibus mali aliquid vel damni metuitur, tuendi, defendendi, repellendi, abigendique: alteram interiorem, continendi, colligendi, ſeruandi, augendique. Optime FESTVS, voce: Arcere: *Arcere eſt con-*

Digitized by Google

continere, unde & arcus in aedificiis, dictus eſt, quia ſe ipſum continet. Iam ſi parſimonia, magnum illud vectigal, quicquid ad perdendum dilapidandumque ducit, ſtrenue arcet, ſed & eadem, quicquid rei familiaris naſcitur, ſtudioſe coercet, atque continet, fit inde Erctum, familia, bonorum uniuerſitas, hereditas, Simili ratione ſenſiſſe uidetur CL. SALMASIVS in *Plinianis Exercitat. ad Solinum p. m.* 891. licet origines neglexerit, quem adeo hoc in loco perperam a IACOBO GOTHOFREDO *in notis ad Tabulam* 7. *voce:* ERCTA CITA, notari exiſtimo. Eſſe autem ab *erceo*, *ercitum*, & *erctum*, ut a *paco*, *pacitum*, & *pactum*, forte non opus erat monuiſſe. *Citum* eſt a *cio*, quod veteribus erat *diuido.* GLOSSAE, quae & SALMASIO & GOTHOFREDO dicuntur optimae: *Cienda*, *διαιρουμένη*.

III.

Ab his vocibus *herctum citum* deſcendit illa: *herciſcere*, quod non eſt ſimpliciter diuidere, ſed *inter heredes & conſortes diuidere.* Quamuis enim, ut eruditiſſimo VOSSIO in *Etymologico* dudum eſt obſeruatum, a ſolo *herceo*, potuiſſet fieri *herciſco*, ut ab *apio*, *apiſcor*, a *fruor*, *fruiſcor*, verius tamen eſt, illud *ciſco* eſſe a *cio*, vt ab *ſcio*, *ſciſco*, ab *hio*, *hiſco*, adeoque *erciſco* vel *herciſco* eſſe *herctum cio* ſive *ciſco*. Nec adeo quicquam incommodi latet in iſta locutione *familiae herciſcundae actio* vel *judicium*, cum ſignificet illud juris remedium, quo imploratur iudex, vt familiam, ſiue omnia hominis bona, ut herctum, comparſum, nunc vero inter plures conſortes diuidendum, ſeruata aequalitatis ratione, reapſe diuidat, vt adeo TRIBONIANVS hic CL. SALMASIO

325

Digitized by Google

in *Exercitat. Plin. alleg. loco* abſque cauſa vapulet, qui ſcriptum fuiſſe in veteribus libris *familiae, ercticiſcundae*, illud autem a TRIBONIANO in *familiae erciſcundae* contractum corruptumque eſſe contendit, a IAC. GOTHOFREDO loco ſupra excitato notatus, & FESTI in voce: *erctûm citumque* auctoritate confutatus.

IV.

Hercti eiusmodi ciendi ſiue hereditatis diuidundae haec eſt cauſa, quando totius Vniuerſitatis, immo ſingularum rerum, corporum, & ſpecierum omnium commune eſt inter conſortes dominium, ſiue illi vltima teſtatoris voluntate, ſiue iure legitimo ad ſucceſſionem veniant, ſiue aequalibus, ſiue inaequalibus partibus gaudeant, vt illa diſſortio quam accuratiſſime inſtituatur, & ſi cui plus, alteri vero minus, quam natura rei deſiderabat, forte obuenit, illud, etiam ſi res minima fuerit, a reprehenſione vacuum non habeatur. Si quantitates ſunt in hereditate, illae aequali vel iuſto pondere, numero, & menſura ſunt diuidendae, ſin ſunt corpora, ſpecies, etiam iura & nomina, in quibus alias *ceſſare dicitur familiae herciſcundae iudicium. l.* 1. §. 25. *D. hoc tit.* quod diuiſio vera rem corrumperet §. 5. *I. de Officio Iudicis*, vel alias damnoſa ſit. *l.* 26. §. 2. *D. de legat.* 1. vel quod corporibus ita inhaereant, vt ſeiungi non poſſint, arg. §. 3. *I. de ſeruitut. Praediorum*, vel denique ſolutio vel exactio partium non minima incommoda habeat. *l.* 3. *D. famil. herciſc.* vel pacto partium conuento vel iudicis arbitrio, omnia inter ſe ſunt comparanda, diuidenda, & illa communi omnium rerum menſura pecunia adhibita ad aequalitatem redigenda §. 7. *Inſt. de offic. Iudicis*, atque ita ſuum cuique tri-

Digitized by Google

tribuendum, vt ne quis conſortium vlla in re praegravetur. Ita leges noſtrae volunt, & illa maxime recta ratio ſummi Iouis.

V.

Verum enimuero ſaepe numero aliter euenire ſolet, in hereditatum diuiſionibus, & naſci de laeſione inter conſortes querela, cuius inaequalitatis maxime duo celebrantur fontes: *fraus & dolus*, atque *error & ignorantia*. De illo dudum conſtituerunt Imperatores DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS in nobili Codicis Gregoriani fragmento, quod nobis VETVS CONSVLTATIONIS AVTOR a IACOBO CVIACIO editus (*a*) ſeruauit.

Imperatores Diocletianus & Maximianus A. A Aureliae Seuerae

An diuiſio, quam iam factam eſſe proponis, conuelli debeat, Rector prouinciae praeſente parte diuerſa, diligenter examinabit, & ſi fraude eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus, perperam factis diuiſionibus, ſoleat ſubueniri, quod improbum atque inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit. P. P. XVII. Kal. Iul. Ipſis VI. & Conſtantio III Coſſ.

Planiſſima ſunt omnia; de diuiſione hereditatis fraudulenta oblata eſt Auguſtis viſio, iubent enim

(*a*) Operum a C. A. FABROTTO editorum Tom. I. col. 639.

Digitized by Google

enim, ut Rector prouinciae diligenter examinet, num illa fraude non caruerit; iidem docent in eiusmodi perperam factis diuiſionibus etiam maioribus ſubueniri; quamuis enim *perperam fieri* dicatur illud, quod per errorem & imprudentiam fit, *l. 1. C. ſi maior fact. alienat.* illud tamen quoque vel maxime perperam fit, quod dolo fit *l. 2. C. de poena iudic. qui male iudicauit*; & abſonum foret ab imprudentibus perperam factam diuiſionem ideo irritam pronunciare, quod fraude non caruerit; ſed & in illa Aureliae Seuerae diuiſione fraudem fuiſſe admiſſam, haec verba oſtendunt, *quod improbum atque inaequaliter factum eſſe conſtiterit*, ut omnibus appareat, hanc inaequalitatem ab improbitate proueniſſe, qua imprudentes ignorantesque carent. Naturalem itaque aequitatem ſecuti Imperatores Aureliae Seuerae ſuccurrendum eſſe reſcribunt, hoc unum ſpecialius conſtituentes, vt ob mixtum dolum non omnis illa diuiſio corruat, quod prima fronte videri poterat, & vt infra obſeruabimus, viſum eſt celeberrimis ICtis, ſed vt illud vnice, quod improbe & inaequaliter factum erat, in melius reformetur.

VI.

Vti autem ex tribus Codicibus prioribus conflatus eſt Codex Juſtinianeus, ita repetitae praelectionis auctoribus omnino placuit eandem legem in hunc modum ſub rubrica *Communia vtriusque iudicii tam familiae erciſcundae quam communi diuidundo* loco inſerere tertio.

Imp.

Digitized by Google

Impp. Dioclet. & Maxim. *A. A & CC. Aureliae Septimiae*

Maioribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam ſine iudicio factis diuiſionibus ſolet ſubueniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur. *P. P. XVI. Kal. Jul. ipſis A A.* (*&* Constant. III.) Conss.

Henricvs Cocceivs in *Diſſert. de Remedio L. III. C. Commun. vtr. iudic. in praefat.* §. 3. poſtquam monuiſſet legem iſtam ex Gregoriano Codice eſſe deſumtam, *haud parum immutata*, inquit, *multoque correctior ac planior refertur in d. l.* 3. cum qua aſſertione, qui verba proxime inſequentia: *De cuius*, nempe legis III. *ſenſu*, *& quibus rebus differat a remedio l.* 2. *C. de reſcind. Vendit. mirifice inter ſe diſceptant Dd.* ſint concilianda, ego non video, qui cum Antonio Schvltingio ad iſtam Codicis Gregoriani legem in *Iurisprudentia Anteiuſtinianea p.* 695. commentante facio, vbi recitatis l. 3. verbis, *haec*, inquit *non tam clara ſunt, quam quae hic* (in Codice Gregoriano) *habemus*, *quae aperte docent*, *hic agi de diuiſione per fraudem & dolum atque adeo perperam factam.* Nihil dicam de Aurelia Septimia, quae in Conſultatione veteri veriori nomine eſt Aurelia Seuera (*a*), nec de

(*a*) *Seuerae* nomen fuiſſe iſti feminae, Editiones veteres Haloandri, Hvgonis a Porta, Rvssardi, aliae ſatis firmant, qui

Digitized by Google

de ſubſcriptione iam apud Auctorem VeterisConſultationis laborante agam. Adeat, qui volet ANT. SCHVLTINGIVM alleg. loco, & PETRVM RELANDVM in *Faſtis conſularibus pag.* 272. qui Conſtitutionem ad Annum Chriſti 296 refert. Quid in ipſa lege diſcrepantiae occurrat, & in quibus lectio Iuſtinianea a Gregoriana, vti haec nobis ab ICto Veteri eſt ſeruata, ſit diuerſa, inſpicere, erit operae pretium.

VII.

Primum Reſcripti partem priorem, qua & cauſa Seuerae & remedium exponitur, verbis: *An diuiſio, quam iam factam eſſe proponis, conuelli debeat, Rector prouinciae praeſente parte diverſa, diligenter examinabit: & ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit*, una litura deleuit Compilator Iuſtinianeus, mox rationem conſtitutionis, *quando etiam maioribus*, inuerſo poſteriorum verborum ordine, *Maioribus etiam* in legem conuertit; ex oblata Imperatoribus facti ſpecie veram deciſionis rationem ſubiunxit verbis: *per fraudem vel dolum*, mox proximam voculam *perperam* eadem particula *vel*, quae hic copulandi vim habere videtur, adiunxit. Poſt haec leguntur illa vexata, *ſine iudicio*, quorum in lege, ut illa in Conſultatione veteri exſtat, nullum eſt veſtigium; proxima ſunt: *factis diuiſionibus ſolet ſubueniri*: nunc rationem nouam allatum iri indicat vocula: *quia*, & additur, quod in Gregoriano Codice non fuit, *in bonae fidei iudiciis*, mox ſequitur: *quod inaequaliter* pro quo in Gregoriano eſt, *quod improbum & inaequaliter* re-

qui *Seuae* habent pro *Seuerae* ex ſcripturae compendio, cuius nota periit. τὸ *Septimiae* eſt a ſciolo, neſcio quid de Septimio Seuero ſomniante.

reliqua conſonant: *factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Tot & tanta in hac una lege breuiſſima clariſſimaque mutarunt boni illi Viri a Iuſtiniano Codici conficiendo adhibiti, ex quo uno, niſi alia ſexcenta exempla adeſſent, addiſci poſſet, quantum illi in Sacratiſſimis etiam Conſtitutionibus ſibi licere voluerint, & quam illa ſua opera omnia veteris iuris fragmenta dubia reddiderint. Sed non hic locus eſt, lugubres iſtas inflare tibias; iuſto illo dolore ſepoſito cum cura indagandum eſt, quae in iſta lege, uti in Iuſtinianeo Codice legitur, Iuris recepti auctoribus fuerit mens atque ſententia.

VIII.

Vt autem ad hoc quod quaerimus, eo rectius perueniamus, nonnulla, quae inter omnes, ut reor, in confeſſo ſunt, mihi dari cupio. Primum eſt, de omni, cui priora colligendi & in compendium redigendi data eſt prouincia, credi in dubio, eum primi auctoris mentem ſeruaſſe. Secundum vero, IVSTINIANVM noſtrum eo fuiſſe ingenio, quod illi quoque Codicis Architecti fecerunt ſuum, vt ius nouum non leui brachio & relicta prioribus principibus gloria, ſed ſuo nomine, & multa cum praefatione conderet. Tertium, non facile eiusmodi legislationem, quae noua aliqua diſtinctione nititur, ita peragi, vt de altero diſtinctionis capite ſtatuatur, de altero ſileatur. Quartum denique eſt, legislatores cauſam, ſi alleganda eſt, dare iuſtam, neutiquam ſolere, iuſtam, quae eſt, cum alia minus congrua laxaque nimis commutare. Iam vero ſupra demonſtratum eſt & res ipſa loquitur, Seuerae ideo ſub-

Digitized by Google

uentum, quod fraude non caruiſſe diuiſionem ſit conqueſta: hanc autem mentem iſtius quoque IuſtinianeaeEpitomes, eſſe cum verba illa: *per fraudemvel dolum,* prioris narrationis compendium, tum eadem prorſus connectendi ratione ſubiunctae voces: *vel perperam*, indicare videntur, maxime cum haec ipſa vocula *perperam* in Diocletiani lege non aliam, quam doli ſignificationem habuerit. Quid illa ſequentia: *ſine iudicio*, ſibi velint, eſt incertiſſimum. Et o! quam vellem vt MStus Codex melioris notae eſſet ad manum, aut ſaltim aliqua editio vetuſtior opem ferret, abſuiſſeque iſtas voces olim oſtenderet, & nullus dubitarem, eſſe illas gloſſema hominis male ſeduli τὸ *perperam* interpretantis. Sed cum iſto adiumento deſtituamur, ferro agere non licet verecundis veterum legum amatoribus. Et ex ea dubio procul ratione Dionysivs Gothofredvs *in notis* iſta a Triboniano cenſet addita, ſignificare autem *ſine iudicio* idem quod *ſine conſilio:* neutiquam in rem noſtram, qui Epitomatorem ſeruaſſe Diocletiani mentem contendimus. Et ſi hoc admitteremus, nullae amplius haereditatum diuiſiones, ne iudiciales quidem, ſua gauderent ſtabilitate, quod quilibet, qui laeſum ſe ait, ſine iudicio, ſine conſilio, temere & imprudenter ſe egiſſe confiteatur. Nihil itaque reliquum eſt, quam vt in Noodtii concedamus ſententiam, quam ille eruditiſſimus & acutiſſimus Iuris Ciuilis Interpres in ſuo *de forma emendandi doli mali libro*, *C. VII. col.* 362. in fine amplexus eſt: *Ita fuerit Reſcripti ſenſus: ſi quis dolus malus in diuiſione ſine iudicio facta: id eſt ſine iudice. Sic enim accipitur iudicium, ut in hoc* Senecae *Hercule furente* v. 732.

Non

Non vnus alta ſede quaeſitor ſedens
Iudicia trepidis ſera ſortitur reis (*a*)

Et poſt alia: *Sic ſi diviſio* (*quod de facto contigerat*) *ſine iudice facta ſit dolo malo.* Vnum eſt quod huic ſententiae obiici poteſt, Epitomatorem Iuſtinianeum factum non narraſſe, omiſiſſe potius. Sed omnibus probe inſpectis Epitomatorem contrarium egiſſe nobis verius videtur, ita tamen vt breuiſſime dictum in tria verba compingere affectarit. Illa DIOCLETIANI: *ſi fraudibus eam non caruiſſe perſpexerit* illis ſuis: *per fraudem vel dolum*, reliqua: *diuiſio, quam iam*, hoc eſt, antequam in ius aut ad me ires, *factam eſſe proponis*, & illa: *praeſente parte aduerſa*, cum in iudiciali per fraudem facta diuiſione etiam iudex examinandus eſſet, his duabus vocibus: *ſine iudicio*, bonus ille Vir incluſit, atque ita ſummae brevitatis ſpecimen edidiſſe ſibi viſus eſt. Rectorem prouinciae adeundum eſſe, ab iis, qui ſibi volebant ſubueniri, ſuperfluum erat monere.

IX.

His in chartam coniectis vereri coepi, ne quis in legen-

(*a*) Cum quo loco conferas illum alterum apud eundem v. 739 ſeqq.

- Quiſquis eſt placide potens,
Dominusque vitae ſeruat innocuas manus,
Et incruentum mitis imperium regit,
Animaeque parcit: longa permenſus diu
Felicis aeui ſpatia, vel coelum petit,
Vel laeta felix nemoris Elyſii loca,
Iudex futurus.

38*

Digitized by Google

gendo ad hunc vsque locum perueniens nimiae in iuris interpretatione contumaciae me reum, agat obiiciatque: ipſam veritatis vim hanc mihi extorſiſſe confeſſionem, verba illa: *ſine iudicio*, non eſſe gloſſema, idemque ſignificare quod *ſine iudice*: adhuc tamen me obniti, & diuiſiones per fraudem vel dolum factas ab illis, quae perperam fiunt, & inter has eas, quae extra iudicium, ab iis, quae in iudicio fiunt, reapſe eſſe diſtinguendas, me praeter rem negare: Particulam *vel*, vbi nulla aliud ſuadet neceſſitas, in naturali eoque disiunctiuo ſignificatu eſſe accipiendam: voces, *vel perperam*, a proxime ſequentibus, *ſine iudicio*, non eſſe ſeparandas; illa ita iunctim ſumta: *vel perperam ſine iudicio factis* clariſſime loqui, quod ab iisdem diſtent *perperam in iudicio factae*: denique ideo illa: *improbum &*, in ſequentibus eſſe deleta, vt conſtet, non modo improbe & dolo malo facta, verum ſimpliciter, quae inaequaliter ſint facta, modo ſine iudicio contigerint, eſſe in melius reformanda. Non opinor me ita quicquam reliqui feciſſe in minutiis meae cauſae aduerſis conſectandis, quarum etiam in vniuerſum a veritatis amantibus hic veniam precor, quod aliter haec explicari nequeant. Nunc ad illas reſpondeo: me adhuc latere, quinam ſignificatus voculae: *vel* ſit magis naturalis, num ille coniungendi explicandique, quem ego teneo, an ille alter ſeparandi diſiungendiue, quem aduerſarii volunt; quicquid huius rei ſit, ſemper praeſumi, eo ſenſu uſurpari vocem, quo paulo ante eſt vſurpata, maxime, cum mutata voce, v. c. *per fraudem vel dolum* AVT *perperam*, item, *per fraudem vel dolum* SIVE *perperam*, mutatae ſignificationis indicium fieri potuiſſet; num illae

voces:

Digitized by Google

voces: *vel perperam ſine iudicio*, iungi debeant, eſſe idem illud, de quo diſceptatur: *perperam ſine iudicio factas* diuiſiones a *factis perperam in iudicio* diſtare, neminem negaturum, num etiam ob diuerſum ius conſtitutum inter ſe differant, adhuc inter nos quaeri; voces: *improbum* &, in Codice Iuſtinianeo breuitatis ſtudio eſſe deletas, quod vera inaequalitatis reformandae cauſa ex illis prioribus, *per fraudem vel dolum vel perperam*, ſatis ſuperque eluceſceret.

X.

His etiam remotis ad arcem controuerſiae digredimur, quae in duo veluti ſcinditur capita. Quod ad primum attinet, dabunt nobis, vt reor diuerſa ſequentes, Diocletianvm & Maximianvm in ſuo Reſcripto non niſi de fraudulofis diuiſionibus conſtituiſſe: dabimus nos interea viciſſim, fuiſſe Codicis Iuſtinianei auctoribus, & voluntatem & poteſtatem ius nouum condendi, adieciſſe fraudulofis diuiſionibus perperam, hoc eſt, per errorem & ignorantiam ſine judicio initas, eosdem, vt vtrumque genus ob quamcunque inaequalitatem in melius reformetur, ſanxiſſe, quid nunc de diuiſionibus in judicio perperam factis eſt tenendum? cogitaſſe Iuris noui conditores de diuiſionibus extraiudicialibus, de judicialibus non cogitaſſe, aſſerere, foret abſonum. Cogitarunt equidem, inquies, deciſionem inſuper habuerunt? Qui vero & qua de cauſa? An quod iſta quaeſtio nulla deciſione indigeat? Immo vero? ſunt, qui ob enormem laeſionem ſententiam Iudicis reſcindi poſſe exiſtimant, ſunt, qui negant, vtraque opinio eſt communis. v. Cocceivs *de Remedio*

L. III.

Digitized by Google

L. III. C. Commun. vtr. Iudic. Sect. 1. §. 3. & 4. Et ſi hoc etiam non foret, per ea, quae ſupra tertio loco nobis dari poſſe credidimus, concinnitatis, perſpicuitatisque cauſa, quid in diuiſionibus perperam in iudicio factis iuris ſit, erat addendum. Quod ad alterum caput attinet, ex vtriusque Lectionis Gregorianae & Iuſtinianeae collatione patet, Iuſtinianeos compilatores, quod DIOCLETIANO & MAXIMIANO Impp. pro ratione erat, in legem conuertiſſe; & huic legi nouam rationem ſubiunxiſſe, *quod in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius ſit reformandum*, recte quidem ex noſtra ſententia, qui de fraudulentis diuiſionibus textum accipimus. Neque enim in iſtis verbis aliud quid continetur, quam quod VLPIANVS ait in l. 152. §. 2. D. de R. I. *Bonae fidei contractibus doli praeſtationem vel bonam fidem ineſſe*, & quod IIDEM IMPERATORES in *l. 5. C. de Reſcind. Vendit.* pro ratione habent: *Si dolo aduerſarii deceptum venditionem praedii te feciſſe Praeſes prouinciae aditus animaduertit: ſciens contrarium eſſe* DOLVM BONAE FIDEI (*quae in* HVIVSMODI *maxime* CONTRACTIBVS *exigitur*) *reſcindi venditionem iubebit.* Quod ſi in contraria caſtra diſcedas, & in diuiſione ſine iudicio perperam facta, ideo quod bonae fidei iudicium ſit, quicquid inaequaliter factum eſt, in melius reformari ſtatuas, metuendum tibi eſt, ne Emtor vel Venditor quamcunque inaequalitatem, quod illud quoque iudicium bonae fidei ſit, in melius reformari petat. Huic incommodo vt obuiam iri queat, diuerſa commenti ſunt Viri magni, in quorum placita nunc inquiremus, & quid in ipſis rerum argumentis tenendum ſit, indagabimus.

CAP. II.

Digitized by Google

CAPVT. II.

NOVISSIMAS CIRCA EANDEM SENTENTIAS EXPENDENS.

I.

Mirificum eſſe Doctorum diſſenſum circa legem adeo vexatam, nobis tacentibus, hariolari licet, quorum omnium opiniones attuliſſe, longum & inſtituto noſtro prolixius, forte etiam praeter rem foret. Quare miſſa Gloſſa &, qui eam ſecuti ſunt, vetuſtioribus Interpretibus, miſſis clariſſimis ICtis ANTONIO FABRO & REINHARDO BACHOVIO, quos hic praeter ſolitum conſpirare in vnum, a recentioribus eſt obſeruatum, cum Duumuiris, magni nominis ICtis, nobis vnice agendum erit, a quibus diſſentire, vti nobis pro illa, quae in republica literaria viget, libertate omnino licebit, ita viciſſim, & ante omnia hic declaramus, eo ipſo nos de multis & magnis eorum in Iuris prudentiam meritis nihil quicquam velle detractum. Alter eſt Perilluſtris, dum vita manebat, Supremi Iudicii Imperialis Aulici Senator, IOANNES HENRICVS BERGERVS, qui Anno ſuperioris ſeculi nonageſimo ſecundo Wittebergae diſſertationem *de Reformatione Diuiſionis Extraiudicialis ex cauſa modicae laeſionis ad noſtram legem tertiam* edidit inter *Diſſertationes Iuris Selectas Lipſiae* 1707. *iunctim editas p.* 695. *ſeqq.* recuſam. Alter eſt Illuſtris Francofurtanae ad Viadrum Academiae Anteceſſor primarius & Facultatis Iuridicae Ordinarius, HENRICVS COCCEIVS, qui quinto poſt anno in *diſſertatione*

33!
Digitized by Google

de Remedio Legis III. C. Communia vtriusque iudicii, quid ſibi circa eandem videatur, expoſuit.

II.

In B. Bergeri commentatione, ſane docte & accurate conſcripta, ea quae noſtram controuerſiam attingunt, ad quatuor redire videntur capita. Primo *illorum opinionem remouere vult, qui legem hanc intelligunt, de circumuentione doloſa, & tribus hiſce verbis*: per fraudem vel dolum vel perperam, *eandem circumſcriptionem doloſam indicari, dicunt.* §. XV. Secundo, *ſuam ſententiam, nempe quod maiori in diuiſione extraiudiciali laeſo ſuccurrendum ſit, etiamſi modica tantum laeſio adſit, nec dolus interuenerit, tribus rationibus firmare annititur.* §. XVIII & XIX. Tertio, *fundamentum contrariae aſſertionis : neminem de laeſione conqueri poſſe, niſi vltra dimidium eius, quod ex diuiſione habere debebat, circumuentus ſit, & tunc ita circumſcripto remedio l. 2. C. de R. V. eſſe vtendum*, puta legem I. C. Commun vtriusque Iudicii, *ſubruere ſe poſſe exiſtimat*, §. XX. Quarto, *Legem II. C. de Reſcind. Vendit. plane ad diuiſionem non poſſe accommodari, tribus rationibus ſe poſſe demonſtrare contendit*, §. XXIV. ſeqq. quae ſingula nunc ordine expendenda ſunt.

III.

Quod ad caput primum & eorum opinionem attinet, qui legem noſtram de circumuentione doloſa intelligunt, duobus eos vti, ait, argumentis: primum eſt, quod Nonivs (*a*) *perperos* homines non ſolum indo-

(*a*) Locus exſtat c. II. pag. edit. Gothofred 569.

Digitized by Google

indoctos, ſtultos, rudes, & inſulſos, ſed & *mendaces* appellet, quales omnes homines doloſi; alterum eſſe, quod verba legis: *Maioribus etiam perperam factis diuiſionibus ſolere ſubueniri*, neceſſario de diuiſionibus doloſis ſint intelligenda, cum certum ſit, non ſolere maioribus ſubueniri in omnibus diuiſionibus perperam, inaequaliter, ſine dolo factis. Nunc ad poſterius argumentum reſpondetur „ admitti circulum, nec ſe aſ-
„ ſeclaſque vnquam aſſeruiſſe, Maioribus ſolere ſubue-
„ niri in omnibus diuiſionibus inaequaliter factis; ſane
„ legis 3. rationem, ab Imperatoribus ſubiectam, eſſe
„ inueſtigandam, & non de quibuslibet, ſed de iudiciis
„ diuiſoriis intelligendam; idem diſerte tradi in *l.* 4. *C.*
„ *Communi diuid.* in fine, *quae in omnibus aequabilitatem*
„ *eſſe ſeruandam*, praecipiat." Ad prius monet „ ſi etiam
„ *perperam* interdum denotet *doloſe* factum, admodum
„ tamen inualidam eſſe conſequentiam: in hac lege eo-
„ dem modo ſumi; ALCIATVM *Parergor. L. I. cap.* ſen.
„ Vocabulum a περὶ & πέρας deriuare, quae dictiones
„ idem denotent, quod modum excedere; accedere,
„ quod praeſumendum non ſit, Imperatores tautolo-
„ giam commiſiſſe, atque adeo multa vocabula eandem
„ prorſus ſignificationem habentia cumulaſſe; nec no-
„ ui quid hoc modo conſtitutum eſſe, cum Legibus
„ Digeſtorum aeque maioribus atque minoribus ſub-
„ ueniendum ſit, ſi dolus aliquis in negocio interueniſ-
„ ſe animaduertatur." Primum, quod ad haec regerimus, eſt, nos omnia eorum, qui nobiſcum faciunt, argumenta neutiquam noſtra facere, adeoque etiam ab illo circulo abhorrere, nec vnquam hanc BERGERO & Aſſeclis obtruſuros eſſe aſſertionem, ac ſi ſtatuant, in

333
Digitized by Google

omnibus inaequaliter factis diuiſionibus maioribus ſolere ſubueniri. Quod autem additur, rationem legis tertiae ad iudicia diuiſoria reſtringendam eſſe, expreſſis textus verbis refragatur, qui in bonae fidei iudiciis, qualia praeter diviſoria ſunt plura, inaequaliter factum in melius reformari praecipit, regulamque ſtatuit, quae, niſi viſionem oblatam de doloſa circumventione accipias, omnino fallit. Quod in *l.* 4. *C. Communi diuid.* dicitur, aequabilitatem eſſe ſeruandam, ad minorem manifeſte pertinet, de rerum communione ſine iudicio inaequaliter diremta conquerentem, &, vt in omnibus aequabilitas ſeruetur, contendentem. Quod ſi ille forte maior fuerit, in euentum iidem Impp. Diocletianvs & Maximianvs reſpondent, *conuenire ſtare finitis*, nullo diſtinctionis inter iudiciales & extraiudiciales diuiſiones veſtigio in eadem lege occurrente. Non noſtra eſt illatio: *perperam* factum doloſo factum aliquando denotat; Ergo ſemper denotat. Noſtrae aſſertionis neruus hic eſt: Diocletianvs & Maximianvs in ſuo reſcripto *doloſe factum* appellarunt *perperam factum*, quam conſtitutionem, cum Epitomator Iuſtinianeo Codici inſeruerit, in dubio ab illa ſignificatione diſceſſiſſe non videtur. Alciati coniecturae opponimus Vossii opinionem in *Etymologico*, cui πέρπερος videtur dici quaſi πέρφορος, ἀπὸ τοῦ περιφόρεσθαι, quaſi qui huc illuc volitet, ac vento quolibet circumagatur, quod ad hominem doloſum & verſipellem admodum quadrat. Tautologia non eſt Imperatorum ſed Compilatoris omnia conſtipantis. Denique illud adhuc in quaeſtione eſt, num hic aliquid noui iuris ſit conſtitutum, &, ſi nihil eorum, quae in Digeſtis iam definita ſunt, repeti fas fuit in Codice,

cur

Digitized by Google

cur non iſta noſtrae legis verba: *per fraudem vel dolum*, manifeſte ad ea, quae fatentibus aduerſariis in Pandectis ſunt definita, immo recta ratione deciduntur, pertinentia ſunt prorſus omiſſa. Imo dudum longe grauiorum geminationum reos peregit Codicis Juſtinianei Architectos PARDVLPHVS PRATEIVS *L. I. Iurisprudentiae Mediae.*

IV.

Secundo loco de rationibus BERGERI eſt diſpiciendum, quibus ſuam ſententiam, quod Maiori in diuiſione extraiudiciali laeſo ſuccurrendum, etiam ſi modica tantum laeſio adſit, firmare annititur. Prima eſt, „ quod textus inter laeſionem modicam & immodicam non diſtinguat, adeoque nec noſtrum ſit diſtinguere: maxime, quod legem ſpecialem, quae immodicam laeſionem requirat, non habeamus; adeoque „ interpretatio ita facienda ſit, ne nimium recedamus „ a principiis rectae rationis quae aliquem etiam in re „ minima laedi vetant; immo ab ipſis principiis ciuilibus, quae in Judiciis diuiſoriis aequalitatem ſeruari debere tradunt *l. pen. ſ. C. Comm. diuid.* atque vti in „ omnibus rebus, ita maxime in diuiſione aequalitatem „ eſſe obſeruandam docent *L. 4. C. d. tit.*" Hic ante omnia largior legem inter laeſionem modicam & non modicam non diſtinguere, neque vero poterat, cum de doloſa diuiſione loqueretur, ob quamcunquae laeſionem reformanda. Atqui ita nec alia lex adeſt. Quid tum? Adſunt recta ratio & legum ciuilium argumenta. Sed ad talia etiam prouocat Vir magnus, quibus diſtinctione commoda eſt eundum obuiam, inter ipſam

Digitized by Google

diuiſionem adhuc vel de nouo ineundam & diuiſionis inaequaliter factae reſciſſionem ſuſpiciendam. Illa, ſecundum rectae rationis principia pariter atque ciuilia, de quibus eſt *l.* 4. *ſiue pen. C. Comm. diuid.* ita eſt perficienda, vt in omnibus aequalitas ſeruetur. Haec ob quamcunque laeſionem neutiquam eſt admittenda. Hoc ita praecipit aequitas quam perſpexit B. BRVNNEMANNVS, dum *ad hanc legem n.* 15. veretur, ne iſta ſententia in foro recepta multas pariat lites: Aequitas, inquam, quae ex ſententia *l.* 2. §. 5. *D. de Aqua & Aquae pluv. arc.* ita ſuggerit, licet iure deficiamur. Nec prorſus deſtituimur Iure ciuili. IMPERATOR ANTONINVS in *l.* 1. *C. Commun. utriusque iudic.* reſcripſit, *diuiſionem praediorum vicem emtionis obtinere placuiſſe.* Si emtio eſt, ad eam pertinet *L.* 2. *C de Reſcind. Vendit.* nec amplius caremus lege, quae immodicam laeſionem ad reformandam diuiſionis inaequalitatem requirat. Secunda BERGERI Ratio pro ſtabilienda ſua poſitione eſt, quod „ diuiſio ſit quaedam com-„ putatio, ſiue ratio compoſita inter diuidentes, erro-„ rem autem calculi veritati minime debere afferre „ praeiudicium in *l. un. C. de Err. Calculi* eſſe conſtitu-„ tum." Reſpondeo me largiri, occurrere in diuiſione quandam computationis & rationis inter diuidentes compoſitae ſpeciem, verum calculum adeſſe nego. Vtamur exemplo: Gaius & Seius diuiſuri hereditatem, in illo herćto ciendo fundum Tuſculanum & Campanum reperiunt, quos, quod paris pretii mille v. c. aureorum eſſe credunt, ita inter ſe diuidunt, vt Gaius Tuſculanum ſibi retineat, Seio Campanum tradat. Poſtea conſortes intelligunt, Gaius equidem ſuum fundum

eſſe

Digitized by Google

eſſe octingentorum aureorum, Seius ſuum fundum eſſe mille & ducentorum. Nemo negabit adeſſe computationem & rationem compoſitam & quandam calculi ſpeciem. Fac porro Gaium vtrumque fundum per ſexennium adminiſtraſſe, in altero fructuum, in altero impenſarum in fundum factarum rationes coheredi reddendas, ipſum vel imperitum vel negligentem minorem fructuum, maiorem impenſarum, quam par erat, ſummam conficere, Seium nihilo peritiorem aut diligentiorem ſaepius computaſſe, & quod, non obſeruato errore, omnia recte ſe habere exiſtimat, minorem fructuum portionem a Gaio accipere, maiorem impenſarum partem eidem reſtituere. Hic verus adeſt calculus. Haec duo negotia nemo facile confundet. In diuiſione eſt error in re, quamuis ille ad numeros poſſit reduci. In calculo eſt error neutiquam in re, ſed in numeris. Hic denuo tractatur *per l. un. C. de Err. Calc*, Illa neutiquam, neque enim vltra dimidium adeſt laeſio. Si tanta eſt latitudo ſenſus *d. l. un.* eadem ad Emtiones Venditiones pertinebit, in qua etiam eſſe quandam computationem rei & pretii, rationemque inter ementes vendenteſque compoſitam nemo negabit. Tertia ratio eſt „ quod erronea diuiſio, errore „ probato, minime officiat illi, qui minus debita por„ tione conſecutus eſt, ſed integrum ſit, agere ad id, „ quod plus debito ad alium peruenit, *l.* 4. *C. de Iur. & „ Facti Ignor.* „ Hic ingenue fateor, aut me non capere mentem Viri Magni, aut id, quod ait, puram putam eſſe principii petitionem; de eo enim adhuc inter nos litigatur, annon perperam facta, hoc eſt, erronea diuiſio, licet errore probato, illi, qui minus conſecu-

tus

Digitized by Google

tus eſt, officiat? nec id loquitur allegata *lex* 4. viſionem habens, de Agnato proximo, qui cum remotiori agnato heres in teſtamento inſtitutus, ignorans tabularum vitium, hereditatem diuiſit, mox, emergente vitio, ſolidam hereditatem legitimo iure petit. Huic vt ſunt legis verba, *ex his, quae per ignorantiam confecta ſunt, praeiudicium non comparabitur.* At inter eum, qui nullo iure partem accepit, & eum, qui pari aut aliquo iure partem, licet paulo maiorem, bona fide nactus eſt, ingens ſupereſt diſcrimen.

V.

Tertio loco BERGERVS fundamentum diſſentientium, quod *Legem I. C. Commun. vtriusque iudicii* eſſe ait, impugnat, gemina ratione, primum, omne ſimile claudicare, deinde, ſimilia nunquam deſumi ab illis, quae per accidens tantum ad contractum accedunt, vti eſt laeſio, quam Imperatores in l. 2. de Reſc. Vend. permiſerunt, ſed ab illis quae naturalia contractus vocantur, & regulariter inſunt, quam ſententiam auctoritate HVNNII ad TREVTLERVM fulcit. Primum, nondum in confeſſo eſt iſtam legem primam noſtrae ſententiae eſſe fundamentum, quamuis illa eam corroboret omnino atque firmet. Verum & praecipuum noſtrae ſententiae fundamentum eſt, vt ſupra iam monitum, ſalus reipublicae, ne diuiſiones ad vnam omnes ſint incertae & litibus infinitis expoſitae, ad quod accedit illud alterum, communis Interpretum ſententia, Remedium legis ſecundae in omnibus contractibus locum habere, in quibus mutuae & aequales praeſtationes requiruntur. Verum equidem eſt, omne ſimile claudicare, hoc eſt, rem ſimilem

Digitized by Google

milem alteri non eſſe per omnia ſimilem, ſiue, quod idem eſſet, eandem, ſed & non minus verum eſt, poſſe duas res eſſe in plurimis ſimiles, adeoque etiam diuiſioni hereditatis in pluribus poſſe conuenire cum Emtione Venditione, neutiquam in vna Euictione. Hvnnii auctoritas apud me tanta non eſt, vt credam ab accidentibus nullas oriri ſimilitudines. Vtar exemplo: nemo negabit, pretii rei venditae faciendam a tertio determinationem eſſe inter accidentia, cum, num ille tertius velit an nolit, num poſſit an nequeat, prorſus inter caſus ſit referendum: interea ita iura ſunt conſtituta, *vt ſi quidem ille, qui nominatus eſt, pretium definiuerit, venditio ad effectum perducatur. Sin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit, pretium definire, tunc pro nihilo ſit venditio, quod ius cum in venditionibus placuerit*, NON ERIT ABSVRDVM ET IN LOCATIONIBVS ET IN CONDVCTIONIBVS TRAHERE §. 1. *I. de Emt. & Vend.*

VI.

Attamen hic non eſt rei cardo, ſed ille, qui loco quarto vertitur, num *L. 2. C. de Reſc. Vend.* ad diuiſionem poſſit accommodari; vbi, negatiuam ſententiam tribus rationibus fortiter inniti, contendit Bergervs noſter. Prima eſt „ quod circumuentus vltra dimi-„ dium nunquam ex Lege ſecunda ſimpliciter poſſit agere „ ad reſciſſionem contractus, vel etiam praeciſe pete-„ re, vt aduerſarius ſuppleat id, quod iuſto pretio „ deeſt, ſed alternatiue ſit inſtituenda petitio, vt vel, „ res ſibi reddendo, pretium acceptum reſtituatur, „ vel iuſtum pretium ſuppleatur. Aliter longe ſe rem

Digitized by Google

„ habere in diuiſione, non concedi conuento ſupple-
„ re, quod iuſto pretio deeſt, ſed praeciſe teneri conſen-
„ tire reſciſſioni diuiſionis, computationique bonorum,
„ vt alia fiat: idque indicare verbum, *reformari*, quando-
„ quidem idem denotet, quod in aliam formam redigere:
„ Immo Doctores notare, dolum in re ipſa quadantenus
„ interueniſſe: rationem differentiae eſſe manifeſtam:
„ Conſortes eſſe rerum dominos, adeoque etiam con-
„ ſortem ad diuiſionem prouocantem nihil aliud petere,
„ quam quod iure dominii iam ad eum ſpectat, & ad-
„ modum ſane iniurioſum fore, ipſi hoc velle denega-,
„ re, cum nemo regulariter res ſuas vendere tenetur,
„ *l.* 11. *C. de Contr. Emt.* & *l.* 16. *C. d. Iure deliber.* eſſe
„ hoc eo magis verum; quod ſocius ne quidem tene-
„ tur rem dimittere, pretio recepto, ſed ſua cuilibet
„ portio adſignanda ſit: Emtores autem ſibi compara-
„ re res alienas, in quibus nullum ius antea ipſis com-
„ petit: immo ſi intentionem, ex qua actus diiudican-
„ tur, reſpicias, Emtorem habere vilius comparandi,
„ Venditorem carius diſtrahendi votum, ita tandem
„ in certum conſentire pretium, vbi ſi laeſio ſubſit,
„ circumuentus non poſſit petere, vt aduerſarius ſup-
„ pleat, quod iuſto pretio deeſt, cum admodum ini-
„ quum foret, alterum cogere ampliori pretio rem
„ habere, alternatiua adeo eſſe opus." Ad haec re-
pono, hic tandem nos perueniſſe ad πρῶτον Ψεῦδος, quod
reliquis omnibus originem dedit. Nempe Perilluſtrem
Virum cum multis aliis pro certo accepiſſe, diuiſionis
negocium ita eſſe vnius tenoris, &, vt ita dicam, v-
nius contextus, vt, vbi vel in vna re, etiam minima, ad-
ſit inaequalitas, vel ex dolo, vel ex errore & ignorantia
enata,

Digitized by Google

enata, omne illud negocium corruat, & per omnia redintegrandum ſit iterandumque, cum tamen verius ſit, diuiſionem equidem eſſe vnam, vel potius vnius vniuerſitatis, negocia in iſta diuiſione conficienda pene totidem, quot ſunt rerum diuidendarum, quae omnia totidem emtionum & venditionum vicem obtinent. In lege nihil eſt praeſidii, quod illa de perperam, hoc eſt, per errorem facta diuiſione non loquatur; deinde ex hac ipſa ratione: plura eſſe in vna diuiſione negocia ab inuicem ſeparata, & quorum alterum alterum non vitiet, Impp. Diocletianvs & Maximianvs dudum conſtituerunt, etiam in doloſa diuiſione non totam diuiſionem concidere, ſed vnice id quod improbum & inaequaliter factum eſt, in melius eſſe reformandum, quod adeo in erroneis diuiſionibus multo magis verum erit. Denique nec in *reformandi* voce quicquam eſt, quod diuerſa tenentes iuuet, cum etiam ſingulare illud negocium, de quo conſtat, factum eſſe inaequaliter, illius inaequalitatis emendatione in nouam formam redigatur. Vt autem eo rectius appareat, qui nunc remedium L. 2. C. de Reſc. Vendit. in enormi inaequalitate locum habere poſſit, ſeparandi ſunt ab inuicem caſus: Gaius praedium mille aureis aeſtimatum ſortitur, quod vix quadringentorum eſſe, poſtea conſtat, laeſus eſt Gajus, *vt Emtor*, qui ob laeſionem enormem vulgatiſſimo remedio vtitur alternatiuae petitionis, ut Seius, aut ſibi habeat illud praedium pro iſta pecunia, aut quo denique maximo pretio accipere vult, omnibus adiecta pecunia ad aequalitatem redactis v. c. ſi Seius pro ſexcentis illud praedium habere malit, octingentis Gaio numeratis, vbi primum ſexcenta Ga-

336

io vt reemtor refundit, quadringenta, quae in ſua ſorte, ad exaequandam praedii Gaio permiſſi aeſtimationem, adhuc ſuperſunt, diuidit, ducenta Gaio tradit, totidem ſibi ſeruat, aut trecentos Gaio numeret, qua reſtitutione fit,vt per nimiam aeſtimationem facta laeſio emendetur, eo nempe, quod nimium erat in Seii ſorte, inter ſocios diuiſo. Rurſus Gaius in ſorte ſua accepit praedium, quod reapſe eſt mille aureorum, ſed tantum quadringentorum ab imperitis conſortibus in diuiſione aeſtimatum, laeſus eſt Seius, *vt Venditor*, qui ob laeſionem enormem remedio legis ſecundae vtitur alternatiuae petitionis, vt aut Gaius praedium ſibi reddat, receptis ſeptingentis aureis, quadringentis primae aeſtimationis ſumma, & ſexcentorum, quibus creuit totus as, ſemiſſe; aut trecentis Seio ſolutis ſuppleat id quod iuſto pretio deeſt, cum ex illis ſexcentis, quae in diuiſionem non venerunt, ſemis apud Gaium remanere debeat. Nunc fruſtra vrgentur reliqua capita: 1) Quod Conſortes ſint rerum domini; cum ii qui Venditorum loco ſunt, re tradita vel dimiſſa, domini eſſe deſinant, 2) quod nemo regulariter ſuum vendere poſſit cogi; iam enim conſors ſponte in diuiſionis negocio vendidit, & nemo aſſeret, venditum per laeſionem non eſſe venditum, 3) quod cuilibet non pretium, ſed portio ſit aſſignanda, quod ante diuiſionem ſiue venditionem, & ſi res commode diuidi poteſt, verum eſt, 4) quod Emtores ſibi res alienas acquirant, quod etiam Conſors facit in portione conſortis, quam emit, 5) quod Emtor vilius comparandi, Venditor carius diſtrahendi votum gerat, cum eadem ſit mens Conſortium ante diuiſionem per venditionem fa-

Digitized by Google

faciendam inter ſe de pretio, licet maxime inaequali, per erroren contendentium. 6) Quod circumuentus Venditor in venditione ſimplici non poſſit petere vt aduerſarius ſuppleat, quod iuſto pretio deeſt & inuitus carius emat, cum idem ſit in circumuento conſorti, qui loco Venditoris eſt, vt non poſſit petere ab aduerſario, qui loco Emtoris, vt ſuppleat, quod iuſto pretio deeſt, adeoque inuitus carius emat, ſed petere, vt aut carius emat, aut fundum recepta iuſta pecuniae ſumma, ſibi reſtituat.

VII.

Altera ratio eſt „ quod *lex* 2. *C. de Reſcind. Vendit.* ſit „ admodum exorbitans tam a iure diuino, quod pro„ hibeat, ne frater fratrem in commercio & negocia„ tione circumueniat, *Deut. V. v.* 21. *I. ad Theſſal. IV. v.* „ 6. quam a Iure naturali, quod neminem cum alterius „ iactura locupletari permittit. " Miror ICtum Iuris Ciuilis amantiſſimum, tam acriter inuehi in *l.* 2. *C. de Reſc. Vendit.* quae ſi in Diuiſionibus hereditariis eſt expreſſae Dei Voluntati & rectae rationi aduerſa, in Emtionibus Venditionibus nihilo eſt ſanior adeoque nulla. Non vrgebo, nobis ſermonem eſſe de diuiſione ex errore inaequali, a qua illa a Deo in *Deuteronomio* vetita cupiditas rei alienae abeſſe videtur. Non vrgebo, iſtam ex *Epiſtola ad Theſſalonicenſes* locum vulgo quidem, ſed omnino perperam, ad commercia referri, cum de adulterio loquatur. v. B. Zeltneri *Notas in Biblia Germanica h. l.* Nec Iuris Naturalis Brocardico aliud aeque vulgatum: Quod damnum, quod quis ſua culpa ſentit, non ſentire videatur, obiiciam. Largior Hvn-

Digitized by Google

NIO a noſtro BERGERO excitato, circumuenientis, errore cognito, conſcientiam obligari. Regulae honeſti hoc idem volunt, ſed easdem ex iuſtis cauſis poſſe omittere & negligere Legislatores, ipſe noſter BERGERVS non diffitetur, cuius bene dicta ad excuſandam L. 2. in Venditionibus cur non debeant applicari ad diuiſiones, rationem non video, maxime, cum litibus ex diuiſionibus impleri iudicia eo minus conueniat, quod illa, plerumque non inter extraneos, ſed inter perſonas coniunctiſſimas, parentes & liberos, fratres & ſorores, cognatosque proximos exerceri ſoleant.

VIII.

Tertio loco, ratio, cur *Remedium. L. 2. C. de Reſc. Vendit.* ad diuiſiones non poſſit applicari, haec affertur: „ Quod contrahentes emtionem venditionem voluntario & nemine cogente ad hunc contractum accedant, ad diuiſionem autem ineundam neceſſario quis teneatur, & inde ex ea alienatio neceſſario dicitur! " Vt verum fatear, differentiam video, rationem concludentem non video. Immo ne quidem illa differentia, ſi acutum cernas, inter emtionem & diuiſionem rerum ſingularum ſubſiſtit. Hoc verum eſt, diuiſionem totius hereditatis ea conſtringi neceſſitate, vt etiam inuitus ad eam ſuſcipiendam adigi poſſit. In ipſa autem diuiſione omnia voluntario aguntur, cum vnicuique heredum liceat vnamquamque rem, quae commode in partes ſecari non poteſt, vel pretio, quo cupit alter, dimittere & vendere, vel licitatione vincere, emere & ipſam rem ſibi habere. *l.* 1. *C. Comm. Diuid.*

IX.

XI.

Satisfecimus illis, vt opinamur, quae ex Bergerianis noſtrae ſententiae obſtabant, nunc ad Henricvm Cocceivm accedimus, qui, vti fuit ſubtiliſſimo ingenio ICtus, facile peruidit, in iſtis, quae tradita ſunt, & quae legiſſe poterat, nihil eſſe roboris, adeoque aliam viam, qua legis tertiae hodiernum vſum ſtabiliret, eſt ingreſſus, Section. II. §. 5. „ Diſtinguendum, ait, in-
„ ter ipſum Diuiſionis negocium & inter alios eius a-
„ ctus vel partes, qualis eſt v. gr. aeſtimatio rerum,
„ quae in diuiſionem veniunt; actum hunc aeſtima-
„ tionis, cum ſit inſtar emtionis venditionis, non
„ poſſe reſcindi, niſi ob laeſionem enormem; eandem
„ rationem eſſe permutationis, quando loco diuiſio-
„ nis res pro re tradatur; in ipſa autem diuiſione ſi
„ laeſio contigerit, eam ex noſtra lege tertia ob quam-
„ cunque inaequalitatem eſſe reformandam." Vt haec exemplis illuſtrentur, vtitur ſequentibus: „ Diſtri-
„ buendae ſunt 100. Oues, quisque accipit 50. ſed
„ alter viliores ſe accepiſſe conqueritur, non au-
„ dietur, niſi vltra duplum ſe laeſum eſſe probaverit.
„ Alter ſibi habuit oues omnes, alter accepit pretium,
„ ſed iuſto minus illud eſſe conqueritur, non audie-
„ tur, niſi minus dimidio veri pretii acceperit. Diui-
„ ſerunt gregem ita, vt alter 48 capita acceperit, alter
„ 52. haec laeſio, licet minima, ex noſtra lege in melius
„ eſt reformanda. Nomina diuiſa ſunt, vni tributum
„ inidoneum, cum ea, quae conſortibus obtigerunr, ſint
„ idonea, haec inaequalitas reformanda ex l. 3. licet no-
„ men inidoneum ſit trium aureorum, vel Nomen

„ al-

Digitized by Google

„ alteri tributum ſine vſuris vel minoribus vſuris, alte-
„ rum cum vſuris vel cum grauioribus vſuris exiſtat. Ful-
„ ciri hanc ſententiam 1) claris diſertisque Legis III. uer-
„ bis, quibus omnis inaequalitas ſimpliciter & indiſtin-
„ cte corrigenda dicatur, 2) ratione legis 2. C. de Reſc.
„ Vendit.: quae tota fundata ſit in pretii rerum incer-
„ titudine, qualis in ipſis diuiſionibus exemplisque al-
„ latis non occurrat. 3) Quod error in caſu legis ter-
„ tiae non ſit error pretii, ſed computationis & calculi,
„ in quo omnis inaequalitas ſit corrigenda, maxi-
„ me cum 4) diuiſio ſit vera ſpecies numerationis &
„ calculi, vti multiplicatio, &c. quod ita 5) totus con-
„ textus d. l. 3. ſibi conſtet, vt nihil planius ſit ac eui-
„ dentius, duas eſſe partes: 1) conſtitutionem ipſam
:. *quod maioribus quoque ſubueniri ſoleat, non tantum, cum*
„ *in diuiſionibus aliquid dolo vel fraude, ſed & generaliter,*
„ *quotiescunque perperam quid factum fuerit* 2) Conſtituti-
„ onis rationem: *quia in omnibus bonae fidei iudiciis,*
„ *quod inaequaliter factum eſt, reformari debeat.* Hoc abs-
„ que vlla exceptione veriſſimum eſſe, ſed illam inae-
„ qualitatem in ceteris bonae fidei iudiciis, vbi lae-
„ ſio ab aeſtimatione eſt, latitudinem habere, in di-
„ uiſionibus non habere latitudinem, atque adeo ve-
„ riſſimum eſſe, quod in omnibus bonae fidei iudi-
„ ciis, quod inaequaliter factum eſt, in melius refor-
„ metur. 6) Quod regula ſit: contrahentibus natura-
„ liter inuicem circumuenire licere, idque ob pretii
„ incertitudinem, quae cum in diuiſionibus ceſſet,
„ iſtam etiam regulam ceſſare 7) quod ſententia ſit
„ frequentiori calculo recepta.

X.

Digitized by Google

X.

Cum Cocceivs a Bergero in altero capite controuerſiae, num, quoties in diuiſione habetur aeſtimationis ratio, locus ſit Remedio *L.* 2. *C. de Reſc. Vendit.* diſſentiat, cui & nos aduerſati fuimus, palam eſt, nos conſentire. Sed & alterum caput, in diuiſionibus, vbi nulla eſt ab aeſtimatione laeſio, inaequalitatem, etiam minimam, eſſe in melius reformandam, nobis placet. In eo autem a Viro Magno diſceſſionem facimus, quod hoc ipſum lege noſtra tertia traditum, conſtitutumque eſſe ſibi perſuaſerit. Ratio nobis eſt gemina, altera quod nec Impp. Diocletianvs & Maximianvs, vt ex Codice Gregoriano manifeſtiſſimum eſt, nec Epitomator Iuſtinianeus, vt priori capite euicimus, de alia quam doloſa diuiſione egerint; altera, quod absque illa lege tertia, per communia iuris principia, omnes illas viſiones, quae allatae ſunt, ſecundum Cocceii & noſtram ſententiam decidi poſſint. Eamus per ſingulas. Eſt homo diues,

Mille cui Siculis errant in montibus agni,

morti proximus quaeſiuit ex Upilione, quot capitum eſſet grex: Hic vel dolo vel errore reſpondit, eſſe octingentorum. Ille, antequam moreretur, bona ſua redegit in teſtatum, & gregem dixit totidem eſſe capitum. Gaius & Seius diuidunt hereditatem, & quod Seius nollet habere oues, ſuam partem, capitum, vt exiſtimat, quadrigentorum, vendit Maeuio, haec ſegregata eidem tradit Gaius. Seius paulo poſt comperit, capi-

339

Digitized by Google

ta ſupereſſe ducenta, an reformanda eſt facta diuiſio ope legis tertiae? neutiquam. Communi diuidundo agat cum Gaio, vt ouium numerum nondum diuiſum adhuc diuidat. Gaius & Seius diuiſerunt nomina plurima ſua opinione idonea omnia. Gaius paulo poſt diuiſionem comperit, ex ſuis debitoribus unum dudum non fuiſſe ſoluendo, quid ille aget, an ad ſingulare legis tertiae remedium conuolabit, an per communes Euictionum regulas incedet? poſterius veriſſimum eſſe iudico. Gaius & Seius diuiſerunt nomina, Gaii nomen eſt absque vſuris aut ſub trientibus natum, Seii nomen eſt vſurarium, vel Semiſſalium vſurarum. Hic tres eſſe ſpecies ſeparandas exiſtimo. Prima eſt, vſurarum ante mortem creditoris debitarum, altera vſurarum moribundo ſolutarum, tertia, vſurarum poſt mortem creditoris debitarum. Fac ex nomine Gaii nullas deberi vſuras, quod ſit gratuitum mutuum, ex nomine Seii deberi tempore morientis creditoris ſex annorum vſuras cuiuscunque quantitatis, nomina iſta diuidi, neſcire Gaium ob nomen Seio conceſſum debitas fuiſſe ſex annorum vſuras, mox eum & hoc, &, nuper ſolutas eſſe, reſciſcere, quid aget, ad legem tertiam prouocabit, an iſtam ſummam pro re indiuiſa habebit? puto poſterius. Gaio debitor ob ſuum nomen debebat vſuras ſex annonum trientes, Seio alius debitor debebat ob ſuum nomen vſuras ſemiſſales totidem annorum, quod plus in his eſt, quam in illis, res eſt indiuiſa, adhuc diuidenda. Fac nihil vſurarum ex vtroque debito deberi & nomina diuidi, nihil adeſſe inaequalitatis, nihil eſſe emendandum exiſtimem, nec mutat, alterum eſſe uſurarium, alterum non, alterum maiorum, alterum mi-

minorum vſurarum, cum ille, qui nullos, vel minores vſuras habet, interpellare debitorem & rectius collocare pecuniam poſſit. Fac denique Seii nomen ad ſexennium absque vſuris a defuncto debitori eſſe creditum, & elapſos eſſe annos tres, ob Seii nomen a tempore mortis creditoris currere vſuras: trium annorum vſuras rem indiuiſam haberem, quae ex hereditate apud Seium eſt, ad aequalitatem communi diuidundo iudicio redigendam. Ex rationibus Cocceianis ſecunda cum ſexta eadem eſſe videtur, ſed curatius non indagabo, quod vtraque noſtram ſententiam non feriat, nec tertia, quarta & ſeptima aduerſa eſt. Sed quod ad primam & quartam attinet, merito diſſentimus. Primum quod non poſſit dici, claris diſertisque legis alicuius verbis viſionem aliquam fulciri, de qua legis latores non cogitaſſe in condenda lege veriſſimum eſt: deinde quod illae duae rationes inter ſe pugnent, quando in illa aſſeritur, omnem inaequalitatem ſimpliciter & indiſtincte eſſe corrigendam, in hac vero quam maxime diſtinguatur inter inaequalitatem latitudinem aliquam habentem, & non habentem: hanc denique diſtinctionem, vt vt in ſe veram, tamen in lege debuiſſe quaeri & inveniri, non ingeri atque infarciri, vt adeo veriſſimum ſit Legislatorem aut non dixiſſe, quod vult B. Cocceivs cum Doctorum turba, quae noſtra eſt ſententia, aut rem maximi momenti dixiſſe obſcuriſſime, quod reapſe eſt, non dixiſſe.

XI.

Et hae ſunt noſtrae meditationes, quarum ſumma haec

Digitized by Google

haec eſt: Imperatores Diocletianvm & Maximianvm in lege noſtra tertia de *perperam* , hoc eſt, per errorem inaequaliter factis diuiſionibus ne per ſomnium quidem cogitaſſe; de doloſis reſcripſiſſe ; nec aliam fuiſſe Epitomatoris Iuſtinianei mentem; veriſſimum tamen eſſe, diuiſionem, quae vicem Emtionis obtinet, ob enormem laeſionem eſſe, in melius reformandam; quicquid alias inaequaliter factum, aut vt indiuiſum aut ex cauſa euictionis , emendari ob laeſionem quamcunque; Legis autem tertiae neque eam, quam Bergervs credidit, neque eam, quam Cocceivs voluit, eſſe vim atque poteſtatem.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

F I N I S.

Digitized by Google